

Wykonywanie działalności maklerskiej przez maklera niezależnego w giełdowym obrocie towarowym

mgr Konrad Zacharzewski

I. Formuła ustawowa: zakaz występowania w cudzym imieniu bądź na cudzy rachunek

Ustawowa formuła wykonywania czynności maklerskich przez maklera niezależnego zakłada występowanie tej osoby w giełdowym obrocie towarowym wyłącznie w swoim imieniu i na swój rachunek. Ponieważ makler niezależny obejmuje całe ryzyko i odpowiedzialność związaną z zawieraniem przez siebie umowami giełdowym, kwalifikuje się on jako przedstawiciel szerszego grona kupców umownych. W nomenklaturze praktyków obrotu giełdowego makler niezależny mógłby być mianowany jako dealer.

Zawieranie przez maklera niezależnego syngularnych umów giełdowych w ten sposób, że dochodzi do rozłączenia od siebie skutków działania „w imieniu” oraz „na rachunek”, bądź też nawet oba następstwa zachodzą w majątku innej osoby niż makler niezależny, jest *verba legis* niedopuszczalne. Postanawiają o tym wyraźnie przepisy ustawy o giełdach towarowych (art. 2 pkt 7 oraz art. 34 ust. 6).

Gospodarczą potrzebę korzystania z usług maklera niezależnego uzasadnia pragnienie osoby podstawionej znaczenia bądź zintensyfikowania udziału w asekuracji (*hedging*) bądź spekulacjach terminowych. Osoba zaangażowana w zakresie umów opiewających na prawa pochodne (tzw. inwestor) może korzystać z usług jednego maklera niezależnego lub zorganizować wokół siebie siatkę kilku maklerów niezależnych. W rolę „inwestora” może wcielić się dowolnie wybrana osoba, nie wyłączając nawet innego maklera niezależnego (makler niezależny korzystający z usług innego maklera niezależnego). Także pośrednik giełdowego obrotu towarowego może posługiwać się podstawionym maklerem niezależnym, najczęściej zatrudnionym wcześniej w charakterze maklera giełd towarowych.

Praktyka zawierania umów giełdowych, skierowanych w zamyśle maklera niezależnego i jego nieujawnionego na zewnątrz kontrahenta, na wywołanie pewnych skutków prawnych także poza majątkiem maklera niezależnego, przypuszczalnie koncentrowała się będzie na próbach dostosowania do tego celu konstrukcji prawnej tajnego pełnomocnictwa bądź konstrukcji stosunków prawnych powierniczych.

Nie da się *a priori* wykluczyć innego kształtowania stosunków wewnętrznych między maklerem niezależnym

a jego partnerem niż w drodze modyfikacji stosunku pełnomocnictwa (w kierunku nieujawnienia jego istnienia) oraz umowy zlecenia (przez uchylenie domniemania z art. 734 § 2 k.c.). Rzecz koncentruje się bowiem nie w dogodnym ułożeniu stosunku wewnętrznego pomiędzy maklerem niezależnym i jego partnerem (oraz w teoretycznej deskrypcji tego stosunku), lecz w zachowaniu dyskrekcji na płaszczyźnie zewnętrznej i w ustaleniu tego, z jakimi konsekwencjami wiąże się utrzymanie całego stosunku w dyskrekcji przez cały czas jego trwania oraz ewentualne jego ujawnienie.

Stąd nie można wyłączyć perspektywy kształtowania relacji między maklerem niezależnym a jego ewentualnym kontrahentem na podstawie typowych umów z elementem zastępstwa, z zastrzeżeniem nieujawniania erygowanego stosunku *pro publico*. Obok np. umowy zlecenia, agencji czy komisju może dojść nawet do zawarcia przez maklera niezależnego umowy o normatywnych cechach: umowy o pośrednictwo w giełdowym obrocie towarowym według przepisów ustawy o giełdach towarowych. Przykładów tych nie badamy.

Zupełne pomijanie charakterystyki stosunku wewnętrznego byłoby jednak o tyle nieuprawnione, że względem skutki działania maklera niezależnego (a nie na pozostawienie tych skutków w utajeniu) decyduje o wejściu poszczególnych stosunków prawnych w orbitę naszego zainteresowania.

Struktura stosunku wewnętrznego jest dla naszych celów istotna, gdyż w rachubę wchodzi zastosowanie jedynie takich konstrukcji prawnych, które zapewniają wejście aktywów nabytych przez maklera niezależnego najpierw do jego majątku, a nie bezpośrednio do majątku ukrytego „inwestora”. Działanie maklera niezależnego musi na zewnątrz wyglądać tak, jakby nie istniał podmiot związany z nim stosunkiem wewnętrznym. Makler niezależny musi zatem stwarzać na zewnątrz pozory działania w charakterze maklera niezależnego. Dlatego wśród typowych stosunków prawnych z elementem bezpośredniego działania dla osoby trzeciej (tu: dla ukrytego „inwestora”) brakuje przykładów godnych szczegółowego rozważenia. Trzeba mieć świadomość tego, że nie istnieje stosunek prawny, który byłby specjalnie przystosowany dla celów występowania maklera niezależnego w charakterze zastępcy czy pośrednika. Reżim prawny maklera niezależnego nie uwzględnia, aby wykonywał on czynności maklerskie zastrzeżone dla pośrednika giełdowego.

2. Makler niezależny jako pełnomocnik oraz tajny pełnomocnik

Z przepisów ustawy *o giełdach towarowych* wynika to, że mamy wyraźnie do czynienia z wyjątkiem ustawowym od zasady dopuszczalności dokonywania czynności prawnych przez przedstawiciela. Jak tego chce przepis art. 95 § 1 k.c., z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych można dokonać czynności prawnej przez przedstawiciela.

Przepisy ustawy *o giełdach towarowych* (art. 2 pkt 7 oraz art. 34 ust. 6) w sposób jednoznaczny skierowane są w swojej dyspozycji na wyczerpanie skutków prawnych znanych instytucji pełnomocnictwa. Makler niezależny może w giełdowym obrocie towarowym występować w swoim imieniu i na swój rachunek. Ponieważ działanie pełnomocnika pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla reprezentowanego, to makler niezależny nie może być pełnomocnikiem. Zastrzeżona została jemu potęga prawna do wywoływania własnym działaniem skutków prawnych wyłącznie dla siebie. Makler niezależny występuje w giełdowym obrocie towarowym jako osoba niezdolna do występowania w charakterze pełnomocnika w zakresie zawierania syngularnych umów giełdowych. Do maklera niezależnego przypisana jest zatem jedna tylko rola kupca umownego („dealera”). Pośrednicy giełdowego obrotu towarowego („brokerzy”) — przeciwnie — mogą zawierać umowy giełdowe także jako „dealerzy”, co nie spotyka się współcześnie z najmniejszym oporem. Czasem jedynie wprowadza się ograniczenia.

Kwalifikacja udzielonego pełnomocnictwa jako czynności prawnej nieważnej na podstawie unormowania art. 58 k.c. nie budzi wątpliwości także wówczas, gdy punkt ciężkości położymy na określenie następstw udzielenia pełnomocnictwa, które nie zostanie ujawnione na zewnątrz. Staje wówczas przed nami problem występowania maklera niezależnego w charakterze tajnego pełnomocnika.

Koncepcja tajnego pełnomocnictwa tłumaczyłaby w szczególności stan związania maklera niezależnego własnymi oświadczeniami woli oraz hermetyczną więź pomiędzy nim a jego nie ujawnionym na zewnątrz kontrahentem.

Pierwszorzędnym argumentem dla zakwestionowania koncepcji tajnego pełnomocnictwa jest uzasadnione mniemanie, iż nie objawiona wola działania za kogo innego nie może niekorzystnie oddziaływać na sferę prawną osoby, z którą tajny pełnomocnik dokonuje czynności prawnej. Przytoczony argument dotyczy skutków działania pełnomocnika względem osób trzecich (aspekt wewnętrzny). Adresatowi oświadczenia woli tajnego pełnomocnika należy zapewnić ochronę prawną; nie mogą dotyczyć go ujemne skutki dobrej wiary w zakresie świadomości osoby kontrahenta. Dlatego zwycięża przekonanie, iż to w majątku tajnego pełnomocnika, a nie w majątku ukrytego mocodawcy, winny nastąpić skutki działania tajnego pełnomocnika.

Zapatrywania doktryny na skutki tajnego pełnomocnictwa w stosunkach zewnętrznych są właściwie zbieżne.

Prezentowany jest pogląd, że tajne pełnomocnictwo nie jest w ogóle pełnomocnictwem¹; uznaje się również, że działanie tajnego pełnomocnika nosi niektóre znamiona zastępstwa pośredniego². W obu jednak wypadkach postuluje się to, by tajny pełnomocnik był związany skutkami dokonanej czynności prawnej. Pokrywa się to dokładnie z formułą działalności maklera niezależnego — skutki podjętych czynności dotyczą *ex definitio* właśnie jego majątku.

Drugorzędny, ale nie mniej ważki argument dla zakwestionowania koncepcji tajnego pełnomocnictwa w działalności maklera niezależnego opiera się na założeniu, iż „samo nieujawnienie pełnomocnictwa nie przekreśla przecież faktu uprzednio dokonanego już umocowania”³. Argument ten tłumaczy wewnętrzne następstwa udzielenia umocowania nie ujawnionego na zewnątrz. Umocowanie mogłoby się utrzymać w aspekcie wewnętrznym i chociaż byłoby nieważne *pro foro externo*, to mogłoby odnieść przynajmniej ten skutek, że ukryty mocodawca uzyskałby roszczenie o przeniesienie do swojego majątku przysporzenia uzyskanego w wyniku czynności podjętej przez tajnego pełnomocnika w swoim imieniu.

Posiadanie umocowania i nieczynienie z niego użytku nie wpływa negatywnie na ocenę występowania maklera niezależnego jako tajnego pełnomocnika. Następstwa powstają dopiero w obliczu podjęcia przez niego działania w granicach nie ujawnionego umocowania. Mogłoby się więc wydawać, że dopóki makler niezależny nie dokona czynności w granicach tajnego umocowania, to umocowanie przedstawia się jako ważne udzielone. Tymczasem bezwzględna nieważność dotyczy nieujawnione pełnomocnictwo zarówno od strony zewnętrznej, jak i wewnętrznej jeszcze przed zawarciem syngularnej umowy giełdowej przez maklera niezależnego.

Nie można utrzymać tajnego pełnomocnictwa jako ważnej czynności prawnej w części wewnętrznej, ponieważ — po pierwsze — makler niezależny nie jest zdolny do uzyskania umocowania (kodeks cywilny nie rozróżnia skuteczności wewnętrznej od zewnętrznej, jeśli chodzi o udzielenie pełnomocnictwa; już dawno oderwano pełnomocnictwo od zlecenia). Gdyby jednak w relacji makler niezależny — ukryty „inwestor” pełnomocnictwo nie ujawnione na zewnątrz pozostawało w mocy na zasadzie art. 58 § 3 k.c., to makler niezależny w stosunku wewnętrznym działałby — po drugie — jak zastępca, czyli wbrew regule zawartej w ustawie *o giełdach towarowych*. Stanowisko takie nie wymaga szerszego komentarza.

Łatwo zatem spostrzec, iż problematyka umocowania udzielonego maklerowi niezależnemu rozstrzyga się wyłącznie na płaszczyźnie skutków, wynikających z treści przepisu art. 58 k.c. Dzieje się tak wówczas, gdy fakt udzielenia umocowania jest wiadomy adresatowi oświadczeń woli składanych przez maklera niezależnego, jak i wtedy, gdy fakt ten pozostał w całkowitej dyskrekcji względem osób trzecich. Umocowanie udzielone maklerowi niezależnemu jest nieważne.

Specyfika cyrkulacji oświadczeń woli w ramach giełdowego systemu rozliczeniowego, chociaż sprzyja zastosowaniu odmiennej kwalifikacji pełnomocnictwa nie ujawn-

nionego, to jednak nie daje wystarczająco mocnych przesłanek, aby powyższą kwalifikację zmienić. Pełnomocnictwo jest nieważne od chwili jego udzielenia, żadna czynność maklera niezależnego nie wywiera skutku w majątku ukrytego mocodawcy i nie przysparza jemu żadnych roszczeń.

Nie byłoby zresztą możliwe wykonanie przez ukrytego mocodawcę umowy giełdowej zawartej przez maklera niezależnego. Na tle działalności maklera niezależnego upada bowiem zgłoszony w literaturze pogląd, że kontrahentowi tajnego pełnomocnika jest w zasadzie bez różnicy, kto wykona umowę zawartą przez tajnego pełnomocnika, on sam, czy też ukryty mocodawca⁴.

W obrocie wierzytelnościami zapisanymi na rachunkach w giełdowym systemie rozliczeniowym spotykamy się z sytuacją, że pozostaje bez znaczenia tożsamość oraz wiarygodność poprzednika (zwykle wierzytelności) i następcy (nabywcy wierzytelności) ze zbytej wierzytelności. Wszystkie wierzytelności istnieją, a każdy uczestnik łańcucha rozliczeniowego jest wypłacalny. Obie współrzędne funkcjonowania systemu rozliczeń giełdowych są — jak to się zwykło mawiać — „gwarantowane” przez giełdową izbę rozliczeniową. Obrót giełdowy jest dzięki temu wiarygodny.

Szkopuł jednak w tym, że „gwarancje” giełdowej izby rozliczeniowej rozciągają się wyłącznie na uczestników systemu rozliczeń giełdowych. Są nimi pośrednicy giełdowego obrotu towarowego, uprawnieni z akcji izby rozliczeniowej (członkowie giełdowej izby rozliczeniowej).

Makler niezależny na podstawie umowy rozliczeniowo-gwarancyjnej korzysta z usług rozliczeniowych, świadczonych dla niego przez pośrednika giełdowego obrotu towarowego. W istocie stoi on poza ścisłymi strukturami systemu rozliczeniowego (nie jest akcjonariuszem izby rozliczeniowej), ale świadczenie prowadzenia rachunku, jakiego makler niezależny może się domagać od pośrednika na podstawie umowy rozliczeniowo-gwarancyjnej, sytuuje go w gronie uczestników systemu rozliczeniowego (makler niezależny posiada rachunek). Makler niezależny jest pośrednim członkiem rozliczeniowym.

Natomiast ukryty mocodawca nie jest uczestnikiem systemu rozliczeń giełdowych, z czym wiążą się dalsze konsekwencje.

Kryterium ochrony dobrej wiary kontrahenta tajnego pełnomocnika nie stanowi przekonującej przeciwwagi dla ewentualnego przypisania skutków prawnych ukrytemu mocodawcy.

Dla giełdowej izby rozliczeniowej oraz dla pośrednika giełdowego obrotu towarowego (partnera z umowy rozliczeniowo-gwarancyjnej) jest wprawdzie obojętne, czy umowa giełdowa jest uważana za zawartą z maklerem niezależnym, czy z jego ukrytym kontrahentem. Standaryzacja obrotu giełdowego obejmuje przeto „standaryzację” uczestników tej formy obrotu prawnego pod względem zdolności do zawierania umów giełdowych (tu: zasada obligatoryjnego pośrednictwa), ale i również do wykonywania umów.

Na tle problematyki działalności maklera niezależnego

w charakterze tajnego pełnomocnika większe, w zasadzie wyłączne, znaczenie ma potencjał w zakresie wykonywania umów giełdowych.

Umowy zawarte przez maklera niezależnego wykonuje się w drodze dokonania stosownych wpisów na rachunkach prowadzonych w giełdowym systemie rozliczeniowym. Rachunek maklera niezależnego prowadzi pośrednik giełdowego obrotu towarowego. Ponieważ roszczenia izby rozliczeniowej z tytułu wykonania umowy giełdowej kierowane są do pośrednika giełdowego, który prowadzi rachunek, a nie do maklera niezależnego, który zawarł umowę, to dla izby rozliczeniowej pozostaje obojętne, kto jest związany skutkami umowy zawartej przez maklera niezależnego: on sam, czy jego ukryty mocodawca.

Dla pośrednika giełdowego obrotu towarowego fakt ten również pozostaje bez znaczenia, jako że wszelkie roszczenia o wykonanie umowy kieruje on do maklera niezależnego (oraz roszczenia odszkodowawcze; art. 471 k.c.).

Stąd stosunki maklera niezależnego z ukrytymi mocodawcami pozostają poza sferą zainteresowania zarówno giełdowej izby rozliczeniowej, jak i pośrednika giełdowego.

Roszczenia o wykonanie umowy zawartej przez maklera niezależnego znajdują swoje odzwierciedlenie na jego rachunku; wyłącznie makler niezależny może wykonać umowę, ponieważ jest on podmiotem stosunku rachunku, ostatnim uczestnikiem giełdowego systemu rozliczeniowego.

Powyższe przemyślenia prowadzą zatem do wniosku, że skutki nieujawnienia otrzymanego pełnomocnictwa są takie same, jak skutki jego ujawnienia. Pełnomocnictwo jest *ex lege* nieważne, zaś makler niezależny jest związany własnym oświadczeniem woli.

3. Makler niezależny w roli powiernika

A. O stosunkach powierniczych w ogólności

Poszukiwanie alternatywnego rozwiązania problemu świadczenia usług przez maklera niezależnego dla ukrytego „inwestora” przywiodło nas do postawienia pytania o dopuszczalność wykorzystania dla tego celu konstrukcji stosunków prawnych powierniczych.

W początkowej fazie kształtowania się poglądów na stosunki prawne powiernicze przeważało przekonanie, iż pierwszoplanowym ich elementem jest przeniesienie na powiernika własności lub wierzytelności (przysporzenie powiernicze). Powiernik wykonuje powierzone jemu prawo jak, a niekiedy nawet jako właściciel. Występuje w swoim imieniu i na swój rachunek albo w związku z treścią zastrzeżenia powierniczego albo dlatego, że nabył powierniczo własność lub wierzytelność. Podkreśla się jednocześnie to, że cel gospodarczy przysporzenia powierniczego jest inny niż cel gospodarczy tego samego przysporzenia, dokonanego jednak bez związku z czynnością powierniczą⁵.

Drugoplanowy, swoisty element stosunku powierniczego polega na ograniczeniu wykonywania powierzonego prawa zgodnie z treścią zastrzeżenia powierniczego, które wiąże wyłącznie powiernika i powierzającego.

Z czasem jednak dostrzeżono, iż nie jest konieczne dokonanie uprzedniego przysporzenia powierniczego dla wywołania następstw stosunku prawnego powierniczego. Traktując w znacznym uproszczeniu, sens jurystyczny stosunku powierniczego koncentruje się wówczas li tylko w zastrzeżeniu powierniczym⁶. Brak uprzedniego przysporzenia nie przekreśla powierniczej natury stosunku prawnego, jeżeli rozstrzygany stosunek prawny mieści w sobie pozostałe wiodące cechy powiernictwa, a mianowicie występowanie powiernika *pro foro externo* w swoim imieniu i na swój rachunek oraz związanie stron zastrzeżeniem powierniczym skutecznym *inter partes*.

Wielobarwne zagadnienie powiernictwa nie będzie niestety przedmiotem głównego wyводу, ale godzi się poświęcić w tym miejscu nieco uwagi konsekwencjom, jakie płyną z obserwacji bogatej liczby wariantów kształtowania stosunku powierniczego między stronami. Łatwiej będzie zająć stanowisko w sprawie węzła prawnego pomiędzy maklerem niezależnym a jego nieujawnionym kontrahentem po wcześniejszym osadzeniu tego stosunku prawnego na szerszym tle typów (postaci, rodzajów) stosunków powierniczych.

W łonie stosunków powierniczych dochodzi do idącego dalej zróżnicowania, ponieważ powołanie stosunku powierniczego może służyć różnym celom. Postawienie takiego słusznego skądinąd założenia prowadzi do wytypowania przynajmniej trzech empirycznych rodzajów stosunków powierniczych ze względu na cel (motyw) ustanowienia osoby powiernika. Fiducja wiąże się zwłaszcza z umocnieniem wiarygodności, ze sprawowaniem zarządu masą majątkową oraz z podstawieniem powiernika do czynności prawnej w miejsce powierzającego. Wyróżniamy więc fiducję na zabezpieczenie, fiducję do zarządu oraz fiducję na podstawienie⁷.

Przyjdzie od razu odmówić racji wyłącznie porządkującemu walorowi takiego rozróżnienia, ponieważ okazuje się, że gospodarczy cel (motyw) fiducji determinuje treść stosunku powierniczego. Ujawniające się trzy typowe warianty stosunku powierniczego nie przeczą w żadnym przypadku podstawowemu zrębowi samej konstrukcji, osadzonej raczej na zastrzeżeniu powierniczym⁸ niż na dokonaniu przysporzenia prawa w celu osiągnięcia takiego celu, do jakiego prawo to w zasadzie nie jest potrzebne.

B. Treść stosunku powierniczego z udziałem maklera niezależnego

Wykonywanie działalności maklerskiej przez maklera niezależnego z założenia koncentruje się na dokonywaniu czynności w giełdowym obrocie towarowym w swoim imieniu i na swój rachunek. Ażeby w ramach działalności maklera niezależnego mieściło się także „świadczenie usług pośredniczenia”, winno ono respektować ogólną ustawową dyrektywę występowania maklera niezależnego na arenie zobowiązań giełdowych.

Wbrew pozorom, pozostawanie w dyskrekcji faktu świadczenia typowych usług pośredniczenia giełdowego przez maklera niezależnego nie wywiera decydującego wpływu na kwalifikację prawną stosunku pomiędzy nim a jego

ukrytym kontrahentem, a to dlatego, że — nawet nie ujawniony — stosunek ten jest bezwzględnie nieważny na podstawie przepisu art. 58 k.c., jeżeli nie stosuje się do unormowania ustawy o giełdach towarowych.

Przedmiotem oceny skutków prawnych może być jedynie taki stosunek obligacyjny między maklerem niezależnym a jego ukrytym kontrahentem, który cieszył się będzie atrybutem ważności także wobec jego nieujawnienia *pro publico*.

Intencja stron czy cel czynności prawnej albo nieujawnienie erygowanego stosunku prawnego nie wystarczy dla sanowania bezwzględnie nieważnej czynności prawnej.

Rozważany stosunek powierniczy winien zatem uwzględniać, że makler niezależny występujący w charakterze powiernika działać ma jednocześnie w swoim imieniu i na swój rachunek. Nie można zaakceptować odstępstw od tej reguły, jeżeli nie ujawniony na zewnątrz stosunek pomiędzy maklerem niezależnym a jego ukrytym kontrahentem ma być traktowany jako zgodny z postanowieniami ustawy o giełdach towarowych. Z tych samych powodów makler niezależny w zobowiązaniach wynikających z umów zawieranych na giełdzie towarowej nie może zajmować pozycji pełnomocnika oraz zastępcy pośredniego.

Czynność giełdowa dokonywana przez maklera niezależnego winna kwalifikować się zarówno w ocenie adresatów jego oświadczeń woli (ocena zewnętrzna) jak i w ocenie ukrytego „inwestora” (ocena wewnętrzna), jako czynność dokonana przez maklera niezależnego w swoim imieniu i na swój rachunek. Powzięcie przez adresatów oświadczeń woli informacji o działaniu maklera niezależnego na cudzy rachunek dyskwalifikuje stosunek powierniczy jako zgodny z ustawą. Podobnie dzieje się wówczas, gdy ukryty „inwestor” wie o tym, że makler niezależny działa na jego rachunek. Ukrycie rzeczywistego kształtu stosunków wewnętrznych nie ma wpływu na zmianę tej opinii — stosunek powierniczy nie podlega ochronie nawet w części nie ujawnionej na zewnątrz.

Centrum uwagi skierujemy za chwilę na niektóre przepisy kodeksowe o umowie zlecenia. Idą one w sukurs poszukiwaniom odpowiedzi na pytanie o takie kształtowanie stosunku między maklerem niezależnym a jego nie ujawnionym kontrahentem, ażeby mieścił się on w granicach wytyczonych unormowaniem ustawy o giełdach towarowych.

Przyjrzymy się bliżej dwóm kwestiom szczegółowym: czy przepisy o umowie zlecenia dają podstawę do zmodyfikowania stosunku prawnego opartego na tej umowie w kierunku wyłączenia bezpośredniego oraz pośredniego skutku czynności dokonanej przez zleceniobiorcę w majątku zleceniodawcy (po pierwsze) oraz w jaki sposób kwalifikacja prawna przysporzenia powierniczego determinuje treść stosunku powierniczego z udziałem maklera niezależnego (po drugie). Da to wystarczającą podstawę do ustalenia skutków dokonywania czynności prawnych przez maklera niezależnego wówczas, gdy jego nie ujawniony kontrahent pozostaje z powodzeniem ukryty w ciągu trwania stosunku powierniczego oraz dla ustalenia

cywilnoprawnych implikacji ujawnienia w trakcie trwania stosunku tego, iż makler niezależny działa na rachunek osoby trzeciej.

Jednym z następstw tradycyjnego w nauce prawa, choć nie tak wcale dawnego rozdzielenia pełnomocnictwa od zlecenia⁹, jest oczywista dzisiaj możliwość zawarcia umowy zlecenia z takim skutkiem, że zleceniobiorca działa w swoim imieniu. Ponieważ zleceniobiorcy nie udzielono pełnomocnictwa, nie ma on bynajmniej szerokiego pola manewru. Oddzielenie pełnomocnictwa od zlecenia w drodze uchylenia domniemania z art. 734 § 2 k.c. oznacza, że zleceniobiorca działa w swoim imieniu. Ponośi w związku z tym własną odpowiedzialność, albowiem działanie „w swoim imieniu” identyfikuje dokonaną czynność z osobą, która jej dokonała¹⁰.

Brak pełnomocnictwa w zleceniu nie oznacza jednak tego, że zleceniobiorca działa na swój rachunek. Zleceniobiorca działa na rachunek zleceniodawcy. Istota zlecenia zasadza się przeciw na wywołaniu działaniem zleceniobiorcy skutków dla dającego zlecenie. Brak wiedzy o istnieniu więzi powierniczej przywodzi do wniosku, iż zleceniobiorca występuje w zobowiązaniu na swój rachunek. Ponieważ jednak brak wiedzy o stosunku powierniczym nie powoduje przeistoczenia treści stosunku ustalonej *inter partes*, powiernik nadal występuje na cudzy rachunek. Dlatego trzeba szukać innych rozwiązań.

Uchylenie skutku działania zleceniobiorcy na rachunek zleceniodawcy można by przeprowadzić w drodze wyraźnego zastrzeżenia w umowie, że „zleceniobiorca” nie działa na cudzy rachunek. Nie jest to już wówczas umowa zlecenia bez pełnomocnictwa, albowiem nie wypełnia kryteriów ustawowych umowy zlecenia z art. 734 § 1 k.c., lecz *sui generis* umowa powiernicza (nienazwana). Mieści się ona w granicach swobodnego kształtowania treści stosunku prawnego na podstawie umowy, co nie wyklucza włączenia do jej treści niektórych unormowań znanych umowie zlecenia. Przepis art. 353¹ k.c. pozostawia zresztą miejsce na skonstruowanie stosunku prawnego, w którym dłużnik zobligowany zostanie do dokonania czynności prawnej w swoim imieniu i na swój rachunek. Oznacza to przypisanie efektów ekonomicznych działania dla tej osoby, na rachunek której działanie zostało podjęte¹¹, czyli dla samego działającego. Działający nie jest zleceniobiorcą według kodeksu cywilnego.

Czynności prawne powiernicze, w tym dalece nas interesujące podstawienie powiernicze, nie muszą więc we wszystkich swych wymiarach opierać się na unormowaniu zlecenia. Spostrzeżenie to obejmuje również aspekt przysporzenia powierniczego.

Przysporzenie powiernicze w sposób naturalny skorelowane jest z fiducją na zabezpieczenie oraz z fiducją do zarządu.

W fiducji na zabezpieczenie osoba powierzająca (dłużnik) nie może osobom trzecim stawiać zarzutu, że powiernik zachował się wbrew treści stosunku powierniczego¹². Tymczasem osoba powierzająca majątek do zarządu (wierzyciel) może w zasadzie kierować roszczeniami względem osób trzecich, gdyż powiernik nie działa w charakterze wyłącznego dysponenta przeniesionego powierniczo ma-

jątku. O ile zatem istota fiducji na zabezpieczenie wyklucza uprawnienia windykacyjne powierzającego przed wykonaniem przezeń zobowiązania zabezpieczonego powierniczo, to w przypadku fiducji do zarządu osoba powierzająca zachowuje prerogatywy tego typu, ponieważ nadal służy jej trzon uprawnień właścicielskich czy wierzycielskich.

Na dodatek okazuje się, że element przysporzenia powierniczego pojawia się też w fiducji na podstawienie — powiernik dokonywa czynności dla nie ujawnionego kontrahenta, który zwykle powierza wcześniej powiernikowi aktywa majątkowe (np. pieniądze) w celu wykonania świadczenia przez powiernika (chyba że powiernik udziela osobie podstawionej kredytu). Zgoła odmiennie rysuje się jednak kwalifikacja jurydyczna tego przysporzenia, ponieważ nosi ono cechy zaliczki według art. 743 k.c. oraz depozytu nieprawidłowego. Jak wolno sądzić. przepisy art. 743 k.c. oraz art. 845 k.c. tłumaczą charakter przysporzenia powierniczego w interesującym nas przypadku powiernictwa z udziałem maklera niezależnego.

Wykonanie podstawienia powierniczego wymaga przede wszystkim wydatków i dlatego fiducja na podstawienie zbliża się do zlecenia, gdy miało miejsce takie przysporzenie. Jakkolwiek zaliczka nie wchodzi do majątku zleceniobiorcy, to zleceniodawca (ukryty „inwestor”) nie może skutecznie podnieść tej okoliczności względem osób trzecich zgłaszających pretensję do zleceniobiorcy, ponieważ osoby trzecie nie mają wiedzy o stosunku powierniczym i o jego treści. Bez wątplenia jednak zaliczką nie można dysponować jak właściciel, lecz jedynie jak zleceniobiorca, ponieważ nie ma ona natury prawnorzeczowej, lecz obligacyjną. Umowa powiernicza wyznacza ściśle granice dozwolonego rozporządzania przysporzeniem, kiedy pozwala maklerowi niezależnemu wyłącznie na zawieranie niektórych typów umów w giełdowym obrocie towarowym.

Natomiast konstrukcja depozytu nieprawidłowego sprawdza się jako wytłumaczenie pozostałych zamaskowanych relacji pomiędzy maklerem niezależnym i ukrytym „inwestorem” oraz od strony zwrotu przysporzenia powierniczego.

Potraktowanie przysporzenia powierniczego jako pożyczki udzielonej maklerowi niezależnemu nie daje wprawdzie odpowiedzi na niektóre pytania szczegółowe, ale oznacza, że makler niezależny może rozporządzać walutą pożyczki jak właściciel. Granice dozwolonego rozporządzania przysporzeniem wyznacza treść umowy powierniczej. Zgodnie z proponowaną kwalifikacją, za priorytetową zasadę zwrotu otrzymanego przysporzenia powierniczego należałoby uznać zobowiązanie do zwrotu tej samej ilości pieniędzy (art. 720 § 1 k.c.) oraz przyznanie ukrytemu „inwestorowi” roszczenia o zwrot udzielonego przysporzenia w każdym czasie (art. 844 § 1 k.c.).

C. Praktyczne wątki zawierania umów powierniczych przez maklera niezależnego

Ewentualna praktyka zawierania i wykonywania „umów o pośrednictwo” z udziałem maklerów niezależnych spr-

stać będzie musiała nie lada wyzwaniom, aby utrzymać powołany stosunek umowy jako ważny, nie stawiając jednocześnie obu jego uczestników w kłopotliwym położeniu.

Priorytetową sprawą dla maklera niezależnego oraz dla jego nie ujawnionego na zewnątrz kontrahenta pozostaje utrzymanie w dyskrekcji łączącego ich stosunku prawnego. Stosunek ów należy zatem rozpatrywać z dwóch perspektyw. Oprócz wstępnego ustalenia kształtu tego stosunku wówczas, gdy nieprzerwanie pozostaje on w dyskrekcji, należy przyrzeć się też cywilnoprawnym konsekwencjom zdemaskowania więzów łączących podmioty interesującej nas konstrukcji.

Porozumienie z udziałem ukrytego „inwestora” i maklera niezależnego w roli głównej niezaprzeczalnie winno uchylić skutek działania maklera niezależnego na rachunek „inwestora”. Wyrażone w pieniądzu przysporzenie powiernicze jest potrzebne do wykonania dyspozycji powierniczej (cecha zaliczki), zaś makler niezależny w ocenie dokonywanej z zewnątrz dysponuje tym przysporzeniem jak właściciel (oznaka depozytu nieprawidłowego).

Dyspozycja zawarcia syngularnej umowy giełdowej wystosowana przez ukrytego „inwestora” do maklera niezależnego nie ma cech analogicznej dyspozycji, kierowanej do pośrednika giełdowego (art. 51 ust. 3 pkt 2 ustawy o giełdach towarowych). Nie wymaga to dłuższego komentarza, ponieważ do zlecenia nabycia lub zbycia towarów giełdowych w giełdowym obrocie towarowym stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy komisji, z wyłączeniem art. 768 § 3.

Dyspozycję udzieloną maklerowi niezależnemu przyjdzie raczej traktować jako wskazówkę co do sposobu wykonywania powiernictwa. Bez względu na to, czy makler niezależny postąpił w zgodzie z otrzymaną wskazówką, winien on pokryć roszczenia ukrytego „inwestora” w zakresie rozmiaru otrzymanego przysporzenia powierniczego. W związku z tym makler niezależny na podstawie umowy powierniczej odpowiada względem swego partnera w granicach zwrotu tego, co od niego otrzymał. W pozostałym zakresie odpowiedzialność maklera niezależnego opiera się na innym tytule prawnym. Akcent w umowie powierniczej pada zatem na płaszczyznę zobowiązania do zwrotu tego, co makler niezależny otrzymał od kontrahenta, nie zaś do zwrotu tego, co makler niezależny uzyskał dla kontrahenta. Odróżniamy zatem zobowiązanie do powrotnego przeniesienia tego, co makler niezależny otrzymał od ukrytego „inwestora”, oraz zobowiązanie do przeniesienia tego, co makler niezależny dopiero nabywa dla ukrytego „inwestora”.

W wyniku postawienia takiego rozróżnienia okazuje się zatem, że makler niezależny pokrywa „straty z działalności operacyjnej” z własnego majątku. Argumentację wzmacnia przekonanie, iż ukryty „inwestor” nie powinien ponosić ryzyka, którego wyraźnie na siebie nie przyjął, wiedząc o tym, że makler niezależny działa w swoim imieniu i na swój rachunek.

Ustalono więc, iż treść zastrzeżenia powierniczego nie daje podstawy dla wysunięcia roszczenia o zwrot tego, co makler niezależny dla ukrytego kontrahenta uzyskał. Musi

on poszukiwać innej podstawy prawnej dla swojego roszczenia niż w treści zastrzeżenia powierniczego. Jasne jest to, że makler niezależny działa w swoim imieniu i na swój rachunek. Przyznanie w treści zastrzeżenia powierniczego roszczenia o zwrot tego, co makler niezależny uzyskał rzekomo dla ukrytego kontrahenta, skłaniałoby do przyjęcia, że makler niezależny działa na cudzy rachunek, a taki wniosek nie daje się pogodzić z formułą prowadzenia działalności maklerskiej przez tego uczestnika giełdowego obrotu towarowego. Ani unormowanie w przedmiocie zwrotu zaliczki, ani dotyczące zwrotu depozytu nieprawidłowego nie dają ukrytemu „inwestorowi” tytułu prawnego dla domagania się ewentualnej nadwyżki ponad to, co makler niezależny uzyskał w wykonaniu dyspozycji giełdowej („zysków”). Stąd wniosek, że roszczenie ukrytego kontrahenta o zwrot tego, co makler niezależny uzyskał w wykonaniu podstawienia powierniczego, powinno wynikać z innej czynności prawnej niż umowa o podstawienie powiernicze.

Ponieważ umowa podstawienia powierniczego w prezentowanej konfiguracji podmiotowej nie rodzi skutku zobowiązującego ani tym bardziej zobowiązująco-rozporządzającego, występować powinna obok niej umowa zobowiązująca do rozporządzenia, z której ukryty kontrahent wywiedzie swoje roszczenia. Nie miałyby ta druga umowa cechy czynności abstrakcyjnej, gdyż brakuje jej elementu rozporządzenia majątkowego. Rażąca nienaturalność proponowanego założenia, które przewiduje związanie partnerów dwoma odrębnymi umowami (powierniczą i zobowiązującą), polega na niezwykle łatwym wysunięciu zarzutu, iż obie te umowy kreują jeden stosunek prawny. Materia ta nabiera jednak znacznej doniosłości dopiero wówczas, gdy dojdzie do ujawnienia obu umów na szerszym forum. Pozostając w dyskrekcji, mogą chyba spełniać pokładane w nich oczekiwania.

Ukrytemu „inwestorowi” nie służą roszczenia przeciwko giełdowej izbie rozliczeniowej oraz przeciwko pośrednikowi giełdowego obrotu towarowego. W obu przypadkach podniesienie roszczenia przez ukrytego „inwestora” natrafia chociażby na przeszkodę czysto formalną — wiarytelności z umów zawieranych przez maklera niezależnego ujęte są w saldzie rachunku, prowadzonym przez pośrednika giełdowego, a jak wiemy, ukryty „inwestor” nie uczestniczy w stosunku rachunku, ponieważ nie jest stroną umowy rozliczeniowo-gwarancyjnej. Nie może więc podnieść roszczeń względem osoby, która prowadzi rachunek. Mowa tu o roszczeniach związanych z wykonaniem (rozliczeniem) umowy zawartej na giełdzie. Nie występują odstępstwa od reguły przyznania roszczeń rozliczeniowych jedynie stronom stosunku rachunku. Dla ukrytego „inwestora” prowadzenie rachunków rozliczeniowych maklera niezależnego stanowi *res inter alios acta*.

Tak postawiona teza koresponduje ponadto ze stanowiskiem kwestionującym niektóre roszczenia ukrytego „inwestora” wobec maklera niezależnego. Ten ostatni bowiem nie ponosi odpowiedzialności na zasadzie przepisu art. 474 k.c. za działania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykona-

nie zobowiązania powierza. Opinia ta jest uzasadniona na równi z przekonaniem, iż ukryty „inwestor” nie może domagać się wykonania zobowiązania z syngularnej umowy giełdowej bezpośrednio od pośrednika giełdowego bądź giełdowej izby rozliczeniowej. Prawdopodobnie ta rozciąga się na niedopuszczalność żądania dokonania wpisu na rachunku prowadzonym przez pośrednika giełdowego obrotu towarowego dla maklera niezależnego na podstawie umowy rozliczeniowo-gwarancyjnej.

D. Skutki ujawnienia stosunku powierniczego

W chwili ujawnienia stosunku powierniczego dochodzi do zasadniczych przewartościowań. Penetrowany stosunek prawny traci swój dotychczasowy charakter, oczywiście z pewnymi istotnymi zastrzeżeniami, które przyjdzie wyeksponować właśnie w tym miejscu.

W pierwszej kolejności należy ustalić krąg podmiotowy osób wywodzących skutki prawne w związku ze zdemaskowaniem ukrytej dotąd więzi pomiędzy maklerem niezależnym a jego zamaskowanym kontrahentem umownym. Należy wysunąć przypuszczenie, że w kręgu tych osób znajdują się jedynie osoby zainteresowane cywilnoprawną sferą giełdowego obrotu towarowego. Powzięcie wiedzy o istnieniu stosunku powierniczego przez inne osoby nie jest w stanie zapoczątkować skutków zdemaskowania tej dyskretnej więzi powierniczej.

W gronie podmiotów zainteresowanych giełdowym obrotem towarowym od strony prawa cywilnego szczególnie predestynowaną do odegrania samodzielnej roli w zakresie wywołania skutków prawnych ujawnienia więzi powierniczej na zewnątrz jest KPWiG. Jakkolwiek KPWiG nie jest stroną umów zawieranych w giełdowym obrocie towarowym, to organ ten jest żywo zainteresowany ujawnieniem ewentualnych przypadków powiernictwa z udziałem maklera niezależnego. Zastosowanie sankcji nadzorczej wyciska bowiem swoje piętno w związku z ujawnieniem dotąd ukrytych cywilnoprawnych zależności pomiędzy maklerem niezależnym i „inwestorem” w majątku obu tych podmiotów.

Ponadto powzięcie informacji o istnieniu węzła powierniczego leży w obszarze zainteresowania pośrednika giełdowego obrotu towarowego, związanego z maklerem niezależnym stosunkiem prawnym na podstawie umowy rozliczeniowo-gwarancyjnej oraz giełdowej izby rozliczeniowej. Ujawnienie węzła powierniczego nie dotyka jednak ich majątku.

Wystarczy samo zdemaskowanie istnienia węzła powierniczego, by doszło do rewaluacji stosunku prawnego na linii: makler niezależny — ukryty „inwestor”. Zmiany dotyczą w większym zakresie stosunków wewnętrznych między tymi dwoma podmiotami niż relacji tych podmiotów z osobami trzecimi (zwłaszcza z pośrednikiem giełdowego obrotu towarowego oraz z giełdową izbą rozliczeniową).

W pierwszej kolejności okazuje się, iż makler niezależny działa na cudzy rachunek. Rodzi to nieważność bezwzględna dokonanej czynności prawnej powierniczej. Strony winny wówczas doprowadzić do przywrócenia stanu poprzedzającego chwilę zawarcia nieważnej umowy

powierniczej. Syngularne umowy giełdowe zawarte przez maklera niezależnego nie tracą swej ważności, gdy w ich wykonaniu biorą udział osoby spoza stosunku powierniczego (pośrednik giełdowy oraz giełdowa izba rozliczeniowa). Stosunek powierniczy nie może przecież ujemnie wpływać na sytuację prawną osób trzecich.

Ponieważ okazuje się, że niedawny stosunek powierniczy nabrali cech zlecenia, do wzajemnych rozliczeń można stosować przepisy o zleceniu. A zatem ukryty „inwestor” może żądać od maklera niezależnego złożenia rachunku. Konwersja czynności powierniczej w umowę zlecenia pociąga za sobą także zmianę tytułu roszczenia o wydanie przysporzenia powierniczego. Nie znajduje ono odtąd swojej podstawy w przepisach o zwrocie depozytu nieprawidłowego. Zmienia się ono w znane umowie zlecenia roszczenie o wydanie wszystkiego, co makler niezależny uzyskał przy wykonywaniu zlecenia.

Sytuacja ta tylko pozornie jest korzystna dla maklera niezależnego. Nie ciąży na nim obowiązek zwrotu otrzymanego przysporzenia powierniczego w wysokości równej przysporzeniu otrzymanemu, ponieważ przysporzenie powiernicze zostało przez niego spożytkowane w celu zawierania umów w giełdowym obrocie towarowym. Może się więc okazać, iż poniósł on „straty z działalności operacyjnej”. Zgodnie z regułą znaną zleceniu winien wydać wszystko, co uzyskał w wykonaniu zlecenia, co nie wyklucza sytuacji, że wyda mniej, niż otrzymał. Ryzyko „straty” przechodzi zatem na ukrytego „inwestora”, gdy umowa powiernicza przekształci się w zlecenie. Uchylony zostaje zatem skutek działania maklera niezależnego „dla siebie”; od chwili ujawnienia stosunku powierniczego ukryty inwestor może żądać wszystkiego, co makler niezależny uzyskał „dla niego”, a nie „od niego”.

Pozorna korzyść polega na tym, że ukrytemu „inwestorowi” służy roszczenie odszkodowawcze o naprawienie szkody wyrządzonej przez maklera niezależnego. Występuje różnica w majątku ukrytego „inwestora” — wyznacza różnicę w jego majątku sprzed zadysponowania przysporzenia powierniczego na maklera niezależnego i po ściągnięciu przysporzenia na podstawie przepisów o zleceniu. Różnicę tę („strata z działalności operacyjnej”) ukryty „inwestor” może dochodzić — jak wolno mniemać — na podstawie przepisów o odpowiedzialności deliktowej.

Ujawnienie stosunku powierniczego nie zmienia w niczym pozycji prawnej ukrytego „inwestora” wobec pośrednika giełdowego obrotu towarowego oraz wobec giełdowej izby rozliczeniowej. Niezwykle subtelnym skutkiem ujawnienia węzła powierniczego z udziałem maklera niezależnego może być jednak utrata wiarygodności pośrednika giełdowego obrotu towarowego, związanego z niewiarygodnym maklerem niezależnym węzłem z umowy rozliczeniowo-gwarancyjnej.

Utrzymanie najlepszych stosunków między giełdową izbą rozliczeniową a pośrednikiem giełdowego obrotu towarowego wymaga zatem dbałości tych ostatnich o przestrzeganie warunków wymiany giełdowej przez związanych z nimi umową rozliczeniowo-gwarancyjnej maklerów niezależ-

nych. Wkład pośredników giełdowego obrotu towarowego w ukrycie eksplorowanych stosunków powierniczych może okazać się niemały, ponieważ ustawa o giełdach towarowych nie przewiduje obowiązku notyfikacji pośrednika giełdowego o zaobserwowanych przypadkach świadczenia przez maklera niezależnego „usług pośredniczenia” wbrew postanowieniom ustawy.

Pozostawiona jest zatem sposobność dla utrzymania się węzła powierniczego mimo złej wiary pośrednika giełdowego obrotu towarowego. Praktyka sprawowania nadzoru nad rynkiem towarów giełdowych wyprostuje zapewne tę niejasność. W przeciwnym wypadku niezbędna może okazać się ingerencja ustawodawcy.

Ujawnienie stosunku powierniczego nie przekreśla bynajmniej odpowiedzialności pośrednika giełdowego obrotu towarowego z tytułu umowy rozliczeniowo-gwarancyjnej. Odpowiedzialność „gwarancyjna” nie upada, gdy makler niezależny wdał się w stosunek powierniczy i stosunek ten okazał się nieważny. Istnienie więzi powierniczej pozostaje bez wpływu na stosunek rozliczeniowo-gwarancyjny. Umowa rozliczeniowo-gwarancyjna może potraktować powołanie bądź wykrycie stosunku powierniczego jako przesłankę wypowiedzenia tej umowy, a nawet przewidywać w takim wypadku jej rozwiązanie bez wypowiedzenia.

4. Wykonywanie nadzoru KPWiG nad działalnością kontraktową maklera niezależnego

Przepisy ustawy o giełdach towarowych dają powody, by wyróżnić ogólne oraz szczegółowe kompetencje nadzoru nad działalnością maklerów niezależnych. Koncentrują się one w rękach KPWiG.

KPWiG wykonuje nadzór nad instytucjami rynku towarów giełdowych (art. 19 ust. 1). Ustawa przez instytucje rynku towarów giełdowych rozumie giełdy towarowe, giełdowe izby rozrachunkowe, towarowe domy maklerskie oraz maklerów giełd towarowych (art. 2 pkt 13). Ponieważ makler niezależny w swej istocie jest *sui generis* maklerem giełd towarowych, ogólny nadzór KPWiG rozciąga się także na jego osobę i działalność.

W zakresie działalności maklerów giełd towarowych do zadań Komisji należy między innymi (art. 19 ust. 2) sprawowanie nadzoru nad przestrzeganiem reguł uczciwego obrotu i konkurencji w obrocie towarami giełdowymi, inspirowanie, organizowanie i podejmowanie działań zapewniających ochronę uczestników obrotu oraz upowszechnianie wiedzy o zasadach funkcjonowania rynku towarów giełdowych. W zakresie nie uregulowanym w ustawie, do sposobu działania oraz zadań Komisji stosuje się przepisy ustawy — *Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi*.

Natomiast szczegółowe prerogatywy KPWiG skierowane na wykonywanie nadzoru nad działalnością maklerów niezależnych koncentrują się w przepisach ustawy poświęconych maklerom niezależnym. Podstawowe znaczenie w dziedzinie kontroli cywilnoprawnych aspektów działalności maklera niezależnego ma jednak przyznanie

przewodniczącemu KPWiG uprawnień przewidzianych dla prokuratora w przepisach kodeksu postępowania cywilnego (art. 21).

Szczegółowe kompetencje nadzorcze KPWiG ogarniają sferę informacyjną. Organ ten może domagać się szeregu informacji związanych z osobą maklera niezależnego.

Makler niezależny informuje na piśmie KPWiG o podjęciu, sposobie i miejscu wykonywania zawodu oraz wskazuje członka giełdowej izby rozliczeniowej, z którym zawarł umowę rozliczeniowo-gwarancyjną (art. 28 ust. 2 pkt 1). Umowa rozliczeniowo-gwarancyjna powinna być przesłana do Komisji w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia przez towarowy dom maklerski. Obowiązek ten dotyczy także wszelkich zmian wprowadzanych przez strony do umowy (art. 35 ust. 2) i chociaż ciąży na każdym pośredniku giełdowym (nie zaś wyłącznie na towarowym domu maklerskim), to dotyczy sfery prawnej maklera niezależnego. Makler niezależny winien udzielić informacji o miejscu przechowywania ksiąg rachunkowych dla prowadzonej przez siebie działalności (art. 34 ust. 5).

Obowiązek udzielenia informacji wiąże się też z wykonywaniem przez maklera niezależnego umowy rozliczeniowo-gwarancyjnej. Powinności konfidencjonalne obciążają zwłaszcza pośrednika giełdowego. Jest on obowiązany niezwłocznie informować Komisję nie tylko o zawarciu, zmianie i rozwiązaniu umowy rozliczeniowo-gwarancyjnej, ale także o każdym wykonaniu zobowiązania gwarancyjnego za maklera niezależnego na podstawie tej umowy oraz o zawarciu przez maklera niezależnego transakcji giełdowej, z której zobowiązanie przekracza wartość gwarantowaną przez towarowy dom maklerski (art. 46 ust. 4).

Powzięcie przez KPWiG informacji o wykonaniu zobowiązania gwarancyjnego oraz o zawarciu umowy giełdowej ponad przyznany jemu limit może aktualizować najbardziej dotkliwą sankcją nadzorczą, jaką KPWiG może skierować do osoby maklera niezależnego. Imperium KPWiG wkracza w stosunek prawa obligacyjnego z udziałem maklera niezależnego. W przypadku naruszenia przez maklera niezależnego postanowień umowy rozliczeniowo-gwarancyjnej poprzez zawieranie transakcji giełdowych, z których zobowiązanie przekracza wartość gwarantowaną przez członka giełdowej izby rozrachunkowej lub poprzez niewykonywanie w terminie zobowiązań wynikających z transakcji giełdowych Komisja może nakazać członkowi giełdowej izby rozrachunkowej jednostronne odstąpienie od umowy rozliczeniowo-gwarancyjnej zawartej z tym maklerem niezależnym (art. 36 ust. 1). Makler niezależny nie tylko utraci wówczas przysługujący jemu atrybut, ale również winien liczyć się z zastosowaniem bardziej dotkliwych instrumentów nadzoru. Komisja może wydać decyzję o skreśleniu maklera giełd towarowych z listy maklerów niezależnych lub zawiesić jego uprawnienia do wykonywania zawodu na okres od 3 do 24 miesięcy na skutek nienależytego wykonywania zawodu lub naruszenia prawa w związku z wykonywaniem zawodu (art. 32 ust. 1).

¹ A. Szpunar, *Stanowisko prawne pełnomocnika*, Przegląd Notarialny 1949, nr 1-2, s. 71.

² Tak uzasadnia np. J. Fabian, *Pełnomocnictwo*, Warszawa 1963, s. 88.

³ M. Bączyk, *Skutki prawne nieujawnienia pełnomocnictwa*, PIP 1975, nr 7, s. 105.

⁴ Do takich wniosków dochodzi M. Bączyk, tamże, s. 107-109.

⁵ A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1972, s. 265.

⁶ A. Kędzierska-Cieślak, *Powiernictwo (Próba określenia konstrukcji prawnej)*, PIP 1977, nr 8-9, s. 50.

⁷ W ujęciu binarnym ze względu na kryterium celu czynności wyróżnia się: powiernictwo zarządcze (powiernictwo w cudzym interesie) oraz powiernictwo dla zabezpieczenia (powiernictwo w interesie własnym).

Wspominają o tym G. Tracz i F. Zoll (*Przydatność pojęcia powiernictwa dla prawa prywatnego*, PPH 1998, nr 4).

⁸ Brak niestety miejsca na szczegółową analizę trzech wariantów fiducji. A. Kędzierska-Cieślak sygnalizuje na przykład to, że podstawienie powiernicze jest sytuacją odwrotną niż przewłaszczenie na zabezpieczenie (*Powiernictwo ...*, Tamże, s. 44).

⁹ Teoretyczna podbudowa tego stanowiska sięga połowy XIX wieku. Niektóre porządki prawne zlecenie i pełnomocnictwo nadal traktują co do zasady łącznie, np. prawo francuskie.

¹⁰ A. Kędzierska-Cieślak, *Powiernictwo ...*, Tamże, s. 52.

¹¹ A. Kędzierska-Cieślak, *Powiernictwo ...*, Tamże, s. 52.

¹² Chociaż różni się niekiedy własność pod względem formalnym: i ekonomicznym. Szerzej na ten temat A. Szpunar, *O powierniczych czynnościach prawnych*, Rejent 1993, nr 11, s. 15.

Ograniczenia kompetencji członków zarządu w spółkach kapitałowych

mgr Rafał Szczęsny

I. Wstęp

Przemiany społeczno-gospodarcze dokonane w latach 90. spowodowały odzyskanie i intensywny rozwój prywatno-prawnych form prowadzenia działalności gospodarczej. Dopuszczalność prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby fizyczne, napływ kapitału zagranicznego i inne czynniki (np. możliwości uzyskiwania wysokich kredytów) stały się przyczyną reaktywacji międzywojennych rozwiązań przewidzianych w kh.

W niedługim czasie dało się zauważyć gwałtowny rozwój i wykorzystanie w obrocie gospodarczym zwłaszcza formy spółki kapitałowej. Rozwiązania kh dotyczące spółek kapitałowych zachowały w dużej mierze swą aktualność i znalazły zastosowanie w nowej rzeczywistości gospodarczej. Adekwatność rozwiązań międzywojennych do obecnych wymagań życia gospodarczego potwierdzono w ksh, do którego recypowano zdecydowaną większość przepisów i instytucji z kh. W spółkach kapitałowych szczególną pozycję przyznano zarządowi jako organowi wykonawczemu spółki. Praktyka ostatnich lat potwierdziła obawy co do wykorzystywania przez członków zarządu pełnionej funkcji dla zaspokojenia interesów osobistych, co z reguły wiąże się z wyrządzeniem spółce szkody. Powstaje zatem potrzeba ustanowienia instrumentów prawnych chroniących majątek spółki i jej wspólników przed niekorzystnym działaniem zarządu. Istniejące ograniczenia kompetencji członków zarządu spółek kapitałowych w wielu przypadkach są niewystarczające, a jednocześnie wywołują rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie.

Próba znalezienia odpowiedzi na pytanie o rodzaj, charakter prawny i skutki naruszenia ograniczeń kompetencji zarządu wymaga analizy tych ograniczeń.

Należy zauważyć, że kompetencje zarządu spółek kapitałowych nie są nieograniczone. Możliwe są bowiem zarówno ograniczenia w sferze prowadzenia spraw, jak i w sferze reprezentacji spółki. Przyjąć można, że ograniczenia kompetencji zarządu mogą wynikać z **mocy prawa** (*ex-lege*, zwane dalej ustawowymi) **lub z woli wspólników** albo akcjonariuszy. Z kolei wśród ograniczeń ustawowych można wyróżnić: ograniczenia kodeksowe, które wynikają z przepisów ksh (np. art. 209 i 377 ksh, art. 210 i 379 ksh czy art. 228 i 393 ksh), oraz ograniczenia pozakodeksowe, które są zawarte w innych niż ksh ustawach szczególnych (np. w ustawie *Prawo bankowe*). Natomiast wśród ograniczeń wynikających z woli wspólników albo akcjonariuszy należy wskazać na: ograniczenia zawarte w umowie spółki z o.o. albo w statucie spółki akcyjnej (zarówno w postaci pierwotnej, jak i zmienionej) lub w jednoosobowych aktach założycielskich, ograniczenia wynikające z uchwały wspólników spółki z o.o. albo z uchwały walnego zgromadzenia akcjonariuszy spółki akcyjnej oraz ograniczenia ustanowione w uchwałach rady nadzorczej i regulaminie zarządu. Wydaje się, że przyjęte kryterium klasyfikacji jest najbardziej pożądane i czytelne z punktu widzenia rozpatrywania ograniczeń kompetencji zarządu. Zaznaczyć przy tym trzeba, że podział ograniczeń kompetencji zarządu wg wyżej przedstawionego kryterium nie jest jedynym z możliwych. Warto odnotować, że obok wyżej przedstawionego po-